

# 「早まった結果惹起」について

西 村 秀 二

## 第一章 序章

## 第二章 実行の着手と早まった結果惹起

## 第三章 行為の「一体性」の理論

## 第四章 因果関係の錯誤

## 第五章 早まった結果惹起と中止未遂

## 第六章 早まった結果惹起と主観的帰責

## 第七章 終章

## 第一章 序 章

### 第一節 問題の所在

#### 1 未遂責任と既遂責任

未遂犯が成立するためには故意が確定していることを要する。いわゆる「条件付故意」においても、この故意の確定性が存在することはある。だが、このような行為から、既遂結果が発生した場合、行為者に一律に既遂責任が認められるかについては、なお問題があることはすでに指摘したところである<sup>(1)</sup>。

この問題につき、既遂責任を否定すべき場合があるとするJ・シュレーダーは、その具体例として次のような事例を挙げている<sup>(2)</sup>。妻Bが他の男と不貞を働いていると聞いた夫Aは、ピストルをつきつけながら聞き糺せば本当の事を言うだろうと考え、それを実行に移したが、その際Aは、Bがその事実を認めれば同人を射殺するつもりであった。ところが、AがBにその真偽を確かめる前に、ピストルが暴発し、Bを死亡させてしまった。

この場合、故意の確定性はあり、Aに殺人罪の未遂は肯定しうる<sup>(3)</sup>。だが、

シュレーダーは、殺人既遂の責任を否定するのである。すなわちここでは、条件の成就以前に、条件付故意行為から結果が発生した場合の行為者の責任が問題とされているのである。

だがこのようなことが問題になるのは、実行行為が条件付故意による場合には限らない。例えば、相手を殺害する意思でピストルをつきつけたところ、これが暴発して同人を死亡させた場合、行為者の認識に従えば、殺人結果を実現するためには、さらに引き金をひくという行為が必要であったのである。つまり行為者によって結果惹起のために必要だと認識されていた行為が全部終わらないうちに、結果が予定前に惹起された場合の既遂犯の成否の問題が存在するのである。

この問題は、ドイツにおいては「早まった結果惹起」(verfrühte Erfolgseintritt)の表題のもとに論じられている。

以上のように、「早まった結果惹起」の問題は、行為者が予定していた行為の一部しかなさず、そこから既遂結果が発生した場合だけではなく、行為者によって結果惹起のために必要だと認識されていた全ての行為が実行された後、その一部の行為によってすでに結果が惹起されていたことが判明した場合にも、やはり存在する。わが国においてこの問題を論じられている福田・大塚両教授は、後者の場合、すなわち行為者が全ての行為を為し終えたが、その途中の行為から結果が発生した場合のみを前提とされている<sup>(4)</sup>。その具体例として福田教授は<sup>(5)</sup>、「甲は乙を砂袋で殴って気絶させて、人事不省の乙を鴨居からつるして首つり自殺をしたように見せかけようと思って、乙を砂袋で殴ったところその砂袋で殴ったために乙は死亡してしまったのに気絶しただけだと思い、予定どおりこの乙の死体を死体と思わずに鴨居からつり下げた」場合を挙げられている。

確かに、後にも紹介するように、ドイツの判例の事案はこのようなものであった。そして、ドイツの学説には、「早まった結果惹起」の場合のうちでもこのような場合には、故意既遂犯を認めるべきだという見解もある<sup>(6)</sup>。

しかし、結果を因果的に惹起した行為が為された後に、因果的には意味のない行為が為されたことによって、行為者の故意責任の存否が影響されることはありえない。このような考え方が「早まった結果惹起」の議論を混迷させていることは後に検討するとおりである。

すなわち、「早まった結果惹起」の問題は、実行の着手（刑法43条本文）として、未遂犯を成立させうる行為から結果が引き起こされた場合に、既遂責任を直ちに問いうるかという問題なのであり、検討の対象とされるべき事例も、以上のような、広い範囲のものなのである。

## 2 因果関係の錯誤

殺意をもって相手にピストルをつきつける行為はすでに殺人未遂の段階にあり、そこから既遂結果が発生している以上、行為者に殺人既遂が肯定されるのは当然だというのが、これまでの一般的な見解であったといえよう。従ってここで、殺人既遂は成立せず、殺人未遂のみであるという結論を得るために、まず考えられるのは当該行為と結果との間の因果関係を否定することである。だが、条件説を採ればもとより、相当因果関係説を採ったとしても、このような結論を導くことは困難である。そこで次に考えられるのは、因果関係の錯誤による故意阻却の議論である。しかし、これによっても、相当性の枠内での錯誤は故意を阻却しないという原則からするなら、既遂責任を否定することはできない。現にドイツの通説<sup>(7)</sup>・判例<sup>(8)</sup>は、条件説に立ち因果関係を肯定した後、因果関係の錯誤を問題とし、この場合には行為者には非本質的な錯誤があるにすぎないという理由で故意既遂犯の成立を認めうるとしている。

近時のドイツの学説では、既遂犯を認める考え方に反対する見解も有力になってきている<sup>(9)</sup>。もっともこれらは、第1の行為時に当該犯罪の故意を否定したり<sup>(10)</sup>、行為者に既遂故意（Vollendungsvorsatz）が存在しないとしたり<sup>(11)</sup>、あるいは因果関係の錯誤は、当該行為者の認識に基づき、結果惹起のために必要な全ての行為が為されたときにのみ問題となりうるとするなど<sup>(12)</sup>、その理

由づけの点において一致したものがあるわけではなく、また、理論的にも不当と思われるものが多い。だがそれらは、「既遂犯の処罰根拠」につき、なお問題があることを意識させた点では有用な議論であったと思われる<sup>(13)</sup>。

本稿は、この点を念頭に置きつつ、この「早まった結果惹起」の問題を考察しようとするものである。この問題は、わが国の学説においては従来ほとんど考察の対象とはされておらず<sup>(14)</sup>、判例も見あたらない。そこでまず、これについてのドイツの判例につき次節で検討を加えていくこととする。

- (1) 西村秀二「いわゆる『条件付故意』について－未完成犯罪を中心として－」上智法学論集30巻1号(昭和62年)287頁。
- (2) Jan Schröder, Der bedingte Tatentschluß－Ein Beitrag zur Lehre vom Vorsatz und zur Lehre vom Versuch im deutschen Strafrecht－, Dissertation Hamburg,1969, S.33.
- (3) 西村秀二・前掲論文286頁。
- (4) 福田平・大塚仁『対談刑法総論(中)』(昭和61年)170頁以下。
- (5) 福田平・大塚仁・前掲書170頁。
- (6) R.Noack,Tatverlauf und Vorsatz, Dissertation Hamburg,1966, S.74ff.; J.Wolter, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungs－ vorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beiträge zum Strafgrund der Vollendung, Festschrift für Leferenz,1983, S.558 Anm.61.
- (7) Welzel, Das Deutsche Strafrecht,11.Aufl.,1969,S.74; Stratenwerth, Strafrecht,A.T., 3.Aufl.,1981,RN.283; Rudolphi, SK,6. Aufl.,1995, § 15 RN.34; Maurach-Zipf, Strafrecht, A.T.,Teib.1, 8.Aufl.,1992, § 23 III RN.36; Schönke-Schröder-Cramer, Strafgesetzbuch, 25.Aufl.,1997, § 15 RN.55.
- (8) RG DStR 1939,177; BGH GA 1955,123.
- (9) Meister, Anmerkung zu dem BGH Urteil vom 21.4.1955, MDR 1955,S.689; Noack,a. a.O., S.71ff.; Schroeder,LK,11.Aufl.,1994, § 16 RN.34; Jakobs,Strafrecht,A.T.,2.Aufl., 1991,S.300ff.; Wolter,a.a.O.,S.545ff.; Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode,2.Aufl.,1988,S.33ff.; Frisch,Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs,1988, S.623.
- (10) Hruschka,a.a.O.,S.33ff..
- (11) Wolter,a.a.O.,S.558.
- (12) Noack,a.a.O.,S.74.

- (13) わが国において「早まった結果惹起」の問題を、既遂犯の処罰根拠から考察すべきことを指摘されているものとして、鈴木左斗志「方法の錯誤について—故意犯における主観的結果帰責の構造—」金沢法学37巻1号（平成7年）69頁以下がある。
- (14) もっとも、山口厚『問題探求刑法総論』（平成10年）140頁以下、宮川基「条件付故意について（二・完）」法学63巻4号（平成11年）550頁以下参照。

## 第二節 ドイツの判例

「早まった結果惹起」に関するドイツ判例としては、戦前・戦後を通じて2判例を数えるのみである。ライヒ裁判所が行為者に既遂責任を肯定し、戦後の連邦通常裁判所もこれに従っている。

### 1 ライヒ裁判所判例

ライヒ裁判所の判例として、1939年の判決<sup>(1)</sup>がある。事案は次のようなものであった。被告人は、列車内でまず彼の妻の頭部をスパナで殴り意識不明の状態にし、それから同人を走行中の列車から車外に投げ出し殺害しようと計画した。彼はこの計画通りに、妻の頭を2回殴打した後、まだ生きていていると思っていた彼女を車外に投げ出し、同女を殺害したというものである。ライヒ裁判所は以下のように判示して、謀殺罪（211条）の既遂を認めた。

「妻を死に至らしめた脳出血が、軌道への落下によるのか、殴打によって引き起こされたのかは、確定することはできない。仮に2度の殴打あるいはそのうちの1度の殴打によって致命的な侵害が惹起されたのだとしても、被告人がその死を故意に惹起したということを疑うことはできない。彼は、彼によって追求されていた結果を彼の行為によって獲得しているのである。ただ結果の惹起が、彼が認識していたことと異なる態様で生じているのみである。現実には生じた因果経過が、認識されていた因果経過から逸脱しているということは、行為者の観点から、あるいは被害者の観点からも留意されないものである。原審が正当にも述べているように、行為者が客体・時間・場所についての一定の犯行を認識・認容していることのみが故意に属するものであり、彼が行為経過の詳細についてまで認識・認容していることは、故意に属するものではない。気

絶させることと殺すことは、一体的な試みとして、スパナでの殴打はその実行の着手として計画されていたのである。それ故、気絶させるだけのつもりであった殴打が、すでに致命的な脳出血を惹起し、致命的な侵害として考えられていた列車からの落下が、結果にとって不必要であったとしても、それは故意の存在にとっては意味がないものである」。

つまりここでは、スパナでの殴打行為と軌道への投下行為の一体性から、第1の殴打行為に殺人罪の実行の着手が認められること、さらに因果関係の非本質的な錯誤は故意を阻却しないという理由によって、謀殺罪の既遂が肯定されている。

## 2 連邦通常裁判所の判例

1954年の連邦通常裁判所判決<sup>(2)</sup>も、結論としては前述のライヒ裁判所と同様、やはり既遂責任を肯定している。その事案は次のようである。被告人は被害者Kを非合法な同僚裁判（Scheinstandgericht）によって殺害しようと決意し、同人をだまし、そのメンバーとともに辺鄙な場所に連れて行き、逮捕され裁判にかけられる旨を告げた。これを聞きKが抵抗したため、Kは同人等に殴打され、首をしめられた結果死亡した。その事実気づかなかった同人等は、被告人の命令通り、Kの首にロープを巻きつけ、数時間木につるした後、地中に埋めた。

原審は、被告人に対し因果関係の本質的な錯誤があることを理由に、故殺罪の既遂ではなく未遂のみを認めた。同判決は、「被告人の〔第1の首をしめさせた〕行為は、主観的にはまだ故殺の実行行為の段階には達していない」予備にとどまるともしていた。

これに対して連邦通常裁判所は以下のように判示してこれを破棄し、謀殺罪（211条）の既遂を認めた。まず実行の着手につき、

「意図されていた犯罪の実行の着手は、構成要件に該当する行為それ自体がすでに一部実現されていることを要件とするものではない。行為者の計画を基準として、保護されている法益への攻撃を可能にする状態に被害者を置いたと

き、実行の着手は存在する」

として、被害者の自由を奪った行為にすでに殺人の実行の着手が認められるとした。さらに、

「確かに事象は、Kが行った抵抗のために、被告人が計画していたこととは異なって経過している。しかしこの逸脱は、ただちに彼の責任を阻却するものではない。・・・認識されていた経過からの逸脱は、それがまだ一般的な生活経験の予見可能性の内にあり、行為の別異の評価を正当化しえないときには、通常故意を阻却するものではない。・・・〔本件においては〕生活経験に従えば、被害者の死の危険を惹起するであろう、そしてその限界内にある、全く異常でない事態の経過が存在するのであり、それは留意されない因果経過の逸脱としてのみみなされうる」

と判示して、故意の阻却も否定した。

### 3 実行の着手と因果関係の錯誤

第1の行為に実行の着手を肯定しうることにつき、行為者の犯罪計画を考慮する点では、ライヒ裁判所と連邦通常裁判所は、同じである<sup>(3)</sup>。ライヒ裁判所判決においては、第1の行為、すなわち気絶させる行為と具体的な殺害行為とが「一体的」であるという表現で、これがとられている。連邦通常裁判所判決の原審は、第1の行為を予備にとどまるとしつつ、未遂を認めるという奇妙な論理をとった。連邦通常裁判所は、これを実行の着手、すなわち未遂行為として、ライヒ裁判所と同様、そこから既遂結果が発生したときは、因果関係の錯誤として故意を阻却する場合でない以上、既遂責任を肯定しうるとしたのである。

(1) RG DStR 1939,177.

(2) BGH GA 1955,123.

(3) ドイツの判例が、実行の着手の存否を判断するに際して行為者の犯罪計画を大幅に考慮していることについては、塩見淳「実行の着手について(一)・(二)・(三)」法学論叢121巻2号(昭和62年)1頁以下、4号1頁以下、6号1頁以下参照。

## 第二章 実行の着手と早まった結果惹起

### 1 ルシュカの見解

第一の行為が殺人の予備行為にすぎないのであれば、予備行為から結果が生じたという事案においては、行為者には既遂犯はもちろん、未遂犯も成立しない。連邦通常裁判所判決の原審が、第一の行為を予備行為としつつ、行為者に未遂犯を肯定したのは論理的に不当といわざるをえない。それ故、ルシュカは第一の行為につき殺人罪の実行の着手を否定することにより、それにつき傷害致死罪を、第二の行為につき殺人罪の（不能）未遂を肯定し、両罪を併合罪としようとする<sup>(1)</sup>。

ルシュカによれば、未遂犯成立のための故意には構成要件を実現するという認識が必要である。殺人罪についていえば、被害者の死亡という結果が、構成要件上意味のある行為の効果として生じうるという行為者の予見を必要とする。ライヒ裁判所判決の事案では、行為者が被害者をスパナで殴ったときには、彼は被害者を気絶させるつもりがあったにすぎず、このような認識を有してはいなかった。彼にあったのは、故意とはいえない単なる「殺人の計画」(Tötungsplan)であるにすぎない<sup>(2)</sup>。

### 2 未遂犯の主観的要素

だが、具体的に第一の行為につき未遂犯の成立を否定することは可能であろうか。実行の着手に関する形式的客観説、すなわち、構成要件該当行為の一部がなされることを必要とする見解<sup>(3)</sup>、さらには、行為のもつ客観的な法益侵害の危険性のみで決すべきであるとする「純客観説」<sup>(4)</sup>に従うなら、あるいは第一の行為に未遂犯の成立を否定することも可能であろう。しかし、現在の実質的客観説は、行為者の主観面、特に行為計画を考慮にいれたうえで、法益侵害の危険性を判断し、実行の着手時期を決定しようとする。これによれば、ライヒ裁判所判決および連邦通常裁判所判決のいうように、行為者の第一の行為時に実行の着手を認めるべきことになろう。ルシュカは、未遂犯の主観的要件たる故意は存在しないとする。だが、未遂犯における故意は、既遂結果を生じ



させることの認識・認容があれば足りるのであり、それ以上に、現に行っている自己の行為から直接結果が発生しうとの認識まで必要とするものではない。もちろん、行為者の主観的な行為計画を考慮することにより初めて法益侵害の危険性が肯定しうような事例では、行為者が当該行為によって結果を招致しようとする意図がないときには、未遂犯の成立を否定すべき場合がある。例えば、帰宅した夫を毒殺するつもりであった妻が、牛乳に毒を入れ冷蔵庫内にしまつて外出したところ、仕事を早退して帰宅した夫が自分でそれを飲み死亡した場合である。このときには、妻が夫に毒入りの牛乳を飲ませる行為がない以上、未遂犯は成立しえない（従つて既遂犯も成立しない<sup>(5)</sup>）。冷蔵庫に毒入りの牛乳をしまう行為は、彼女の行為計画を考慮に入れるなら、未遂犯を成立させるに足りる危険性は、まだあるとはいえないのである。しかし、スパナで被害者を殴る行為、被害者を殴打し首をしめる行為は、行為者の主観を考慮するまでもなく、それだけで彼の死を惹起する危険が十分に認められるのであり、殺人の実行の着手、従つて殺人罪の未遂を肯定しうるものなのである。このように、行為者の当該行為の性質についての認識は、ルシュカのいうように常に考慮されなければならないものではないのである。

わが国の下級審判例にも、被害者に睡眠薬を飲用させ、またはすりこ木で殴打して同人を昏睡・気絶させた後、自動車もろとも崖に衝突させるか、谷間に墜落させるかして殺害することを共謀した3名に対し、昏睡させた後、すりこ木で被害者の上部顔面を殴打した行為につき、次のように判示して殺人の実行の着手を肯定しているものがある<sup>(6)</sup>。すなわち、「最終的な現実の殺人行為そのもの以前の段階において行われる行為についても、それらの行為によってその行為者の期待する結果の発生が客観的に可能である形態、内容を備えている限りにおいては、・・・その行為は殺人の結果発生について客観的危険のある行為と謂うことができるから、その行為に着手したときに、殺人行為に着手したものであるといふことができる」。

要するに、早まった結果惹起の事例において、既遂責任を否定しようとする

ことは、未遂行為の不存在を理由としてこれをおこなうことはできない。問題は、既遂犯における主観的要素たる故意の存在なのである。

- (1) Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2.Aufl.,1988,S.36.
- (2) Hruschka,a.a.O.,S.33ff..
- (3) 瀧川幸辰『犯罪論序説』(改訂版 昭和22年)182頁,小野清一郎『新訂刑法講義総論』(増補版 昭和25年)182頁,団藤重光『刑法綱要総論』(改訂版(増補)昭和63年)125頁,福田平『全訂刑法総論』(増補版 平成4年)210頁,大塚仁『刑法概説(総論)』(第3版 平成9年)165頁。
- (4) 中山研一『刑法総論』(昭和57年)411頁,内藤謙『刑法講義総論(上)』(昭和58年)221頁以下,内田文昭『改訂刑法I(総論)』(昭和61年)265頁,前田雅英『刑法総論講義』(第3版 平成10年)149頁以下。
- (5) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 75. 平野龍一『刑法総論I』(昭和47年)134頁,町野朔『因果関係論』『現代刑法講座(1)』(昭和52年)319頁。
- (6) 名古屋地判昭和44年6月25日判例時報589号95頁。

### 第三章 行為の「一体性」の理論

#### 1 ウエーバーの概括的故意と早まった結果惹起

学説には、意図せずに結果を惹起してしまった第一の行為と、結果惹起を意図したが無益に終わった第二の行為とを一体化させ、その「一体的行為」に故意がある以上、既遂犯の成立を肯定しうるとするものがある。

ノアックは、行為者によって結果惹起のために必要だと認識されていた全行為の一部を行ったところ、そこから結果が発生してしまった場合には、既遂犯の成立を否定するが、全ての行為が実行された後、その部分行為によってすでに結果が惹起されていたことが判明した場合には、故意既遂犯を肯定する<sup>(1)</sup>。これは「二分説」ともいえる見解であり、彼が既遂犯を否定する前半の議論については後になお検討しなければならない。ここでは、彼の理論の後半部分を検討することにする。彼によれば、この場合結果は、行為が既遂に至る以前に、行為者がそれを認識することなく生じているのであるから、この結果につき故意を認めることは、「事後の故意(dolus subsequenz)」を承認することにな

りかねない。だがここでは、行為者にはその行為計画に基づいて行為自体に一体性が認められ、その統一体としての行為によって彼の目的を実際に達成しているのであるから、故意既遂犯の成立に問題はない。これは行為者が単に事後的に承認する「事後の故意」とは、その事態を全く異にするのである<sup>(2)</sup>。

ヴォルターもノアックの二分説を支持して、このような場合は、完全に故意的かつ有責的に実行に移された「計画の危険」は、客観的な因果経過と同価値的であるので、故意既遂犯を認めることに問題はないとしている。彼によれば、連邦通常裁判所判決の事案はまさにこのような場合であった<sup>(3)</sup>。

わが国でも、大塚教授が同様の主張をされている。教授によれば、「行為者の犯罪意思が第一の行為と共通していること、そして、本来その犯罪的結果を実現させるのにふさわしい行為がなされているところからすれば、第二の行為は第一の行為と一体化して評価されるべき」<sup>(4)</sup>である。教授は、この問題は、「ウェーバーの概括的故意」の問題と全く同じである、すなわち、結果の実現に向けられた二つの行為があるときに、これを別個のものとして、それぞれにつき故意の存在を問題とすることは「事態をあまりにも形式的に捉え過ぎ」、「こまかく分析し過ぎている」のであり、「第一の行為と第二の行為とが、時間的にも、場所的にも接着して行われ、社会観念上両者を一体化して把握することが実際的であり、合理的でもある」<sup>(5)</sup>。「この際、ヴェーバーの概括的故意を積極的にみとめ直」<sup>(6)</sup>すべきであり、「早まった結果惹起」についても、「行為の一体化」を前提とする以上、「概括的故意の一種」にすぎない、むしろ「概括的故意と呼ぶのによりふさわしい事態」<sup>(7)</sup>であるとされるのである。

## 2 「行為の一体化」論の矛盾

しかしながら、このような故意のある第二の行為がなされたことによって未遂の終了があったとすることは、結果発生後に未遂の終了が認められるという「奇妙な」ことになることは、すでに葛原助教授の指摘されているところである<sup>(8)</sup>。しかし、このことを別としても、このような見解に賛成することはできない。

ルシュカも批判するように、第二の行為時に存在したにすぎない事後的な故意を、両行為を一体とすることによって第一の行為時に移し変えることは、やはり許されざるフィクションであるといわなければならない<sup>(9)</sup>。第一の行為時に、故意がないことを認める以上、その事態は、事後的な故意によって変動することはありえない。ウェーバーの概括的故意<sup>(10)</sup>については、ドイツにおいては判例上もすでに過去のものとなっている<sup>(11)</sup>。判例は故意既遂犯を認めるが、現在は、第一の行為による未遂、第二の行為による過失既遂のみが問題になるにすぎないとする見解が有力であり<sup>(12)</sup>、わが国の学説においても同様の傾向が見られるのである<sup>(13)</sup>。

さらに、これらの見解は、第一の行為時には故意がなく未遂も成立していないとするのであろうか。スパナで殴る行為、殴打し首をしめる行為に殺意を肯定しえず、殺人未遂が成立していないのであろうか。もしそうであれば、ノアック、ヴォルター、大塚教授の理論は意味のあるところであるが、そう解するならば、前述のルシュカの故意の概念を前提にしなければならないことになる。もし、そうでないとするなら、未遂犯の成立が肯定される第一の行為から結果が発生している以上、ことさら第二の行為をそれに加える必要性は全くないということになる。要するに、これらの見解は、未遂犯の故意について明確な態度決定を欠いたままでの議論であるといわざるをえない。

(1) Noack, Tatverlauf und Vorsatz, Dissertation Hamburg, 1966, S.72.

(2) Noack, a.a.O., S.75.

(3) Wolter, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beiträge zum Strafgrund der Vollendung, Festschrift für Leferenz, 1983, S.558 Anm.61.

(4) 大塚仁『対談刑法総論(中)』(昭和61年) 171頁。

(5) 大塚仁・前掲書163頁以下。なお同旨の見解として、前田雅英『刑法総論講義』(第3版 平成10年) 326頁、山中敬一『刑法総論 I』(平成11年) 342頁がある。

(6) 大塚仁・前掲書162頁。

(7) 大塚仁・前掲書171頁以下。

- (8) 葛原力三「ユルゲン・ヴォルター 既遂故意及び既遂責任なき故意既遂？同時に『既遂の処罰根拠』に関する一考」法学ジャーナル42号（昭和60年）38頁。
- (9) Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl., 1988, S.35 Anm. 49.
- (10) 内田文昭「ウェーバーの概括的故意について」『刑法解釈論集（総論Ⅰ）』（昭和57年）92頁，同「いわゆる『ウェーバーの概括的故意』の意義（上）・（下）」警察研究58巻4号（昭和62年）3頁以下，5号3頁以下参照。
- (11) BGHSt14,193.
- (12) ドイツの判例・学説については，西村秀二「概括的故意，因果関係の錯誤」『判例によるドイツ刑法（総論）』（昭和62年）97頁以下参照。
- (13) 中山研一『刑法総論』（昭和57年）364頁，中義勝「概括的故意事例についての一考察」『団藤重光博士古希祝賀論文集』第二巻（昭和59年）196頁，香川達夫『刑法講義（総論）』（第三版 平成7年）264頁，曾根威彦『刑法総論』（新版補正版 平成8年）178頁。

## 第四章 因果関係の錯誤

### 1 因果関係の錯誤論

周知のように，ドイツの判例は，因果関係論において条件説に立ち，因果経過の異常性は因果関係を阻却しないとしつつ，それは故意を阻却するという「責任による（条件説の帰結の）修正」によって，妥当な結論を導こうとしている。この「責任による修正」の段階では，前述した連邦通常裁判所も判示していた「一般的な生活経験の予見可能性」という相当性の基準に従って，因果経過の正常・異常を判断しうるとするのである<sup>(1)</sup>。つまり，そこでとられている論理は，構成要件該当性の問題である因果関係論では，相当性はその要素でないとする一方，同じく構成要件該当の事実には及ばなければならない故意の認識内容としてはこれをその要素としうとするものであり，そこには明らかな論理矛盾が存在する<sup>(2)</sup>。このような論理に基づいて既遂責任を肯定しようとする連邦通常裁判所の見解には，やはり疑問がある。

他方，わが国においては，相当因果関係説に立ちつつ，「早まった結果惹起」につき，これを因果関係の錯誤の問題とし，故意既遂犯を肯定する考え方が主張されている<sup>(3)</sup>。ここでは，実際の因果経過が相当因果関係の範囲外であり，

行為者がそれを認識していないときに故意が阻却されるという論理がとられている。だが、このときは故意を論じる以前に、すでに因果関係が存在しないのだから、因果関係の錯誤を論じることには全く実益がないのである<sup>(4)</sup>。

## 2 因果関係の起点

このように、条件説に立っても、また相当因果関係説に従っても、因果関係の錯誤を理由に故意既遂犯を肯定する論理には問題が存するのであるが、それとは別に、ここでは因果関係の起点としての実行行為をどの段階に認めるべきかという問題も提起されている。

前述した連邦通常裁判所判決は、実行の着手が認められれば、そこから（着手）未遂を肯定しうるのであるから、因果関係もその段階から問題としうというものであった。この判決と同様、因果関係の非本質的な錯誤にすぎないとして、その事案に対し殺人罪の既遂を肯定するドイツの通説<sup>(5)</sup>も、予備行為から結果が惹起されたわけではないという理由で因果関係の錯誤を問題としているし、ルドルフィーは、明確に、行為者が着手未遂行為から客観的に帰責可能な方法で結果を惹起した場合にも、それは構成要件を実現する意思に基づいているのであるから、結果を行為者に帰責しうるとし、やはり故意既遂犯を認めている<sup>(6)</sup>。

これに対して、故意既遂犯を認めることに反対するドイツの近時の学説には、着手未遂行為であることを理由に、未遂犯のみの成立を認めるものが多い。例えばシュレーダーは、着手未遂行為から結果が惹起された場合、行為者は自己の行為の「具体的な結果適性」（konkrete Erfolgseignung）を認識していないからとする<sup>(7)</sup>。

ドイツの通説・判例のとり考え方は、未遂犯の成立を認め得る「実行の着手」と因果関係の起点となる「実行行為」とにつき、これを同一視するものといえよう。

他方、これに反対する学説は、これを区別する考え方に立っているように思われる。なぜなら、これらの見解はいずれも、因果関係の錯誤を論ずることな

く、未遂犯の成立を認めている、つまり因果関係それ自体が問題となりえないとする考え方に立っているからである。

この問題につき、わが国においてこのドイツ学説と同様の見解を述べられているのが、林（美）教授である。教授によれば、「早まった結果惹起」の具体例として先に挙げた例、すなわち相手を殺害する意思でピストルをつきつけたところ、これが暴発して被害者が死亡した事例においては、行為者が被害者に対しまだ「致命傷を与える行為」を行っていないので、因果関係の錯誤は問題となりえない<sup>(8)</sup>、因果関係の錯誤論は、行為者が「本質的な実行行為」を行った場合にのみ生じる<sup>(9)</sup>、だが、この場合にも「実行の着手」は認められるので、未遂犯の成立は肯定しうるのである<sup>(10)</sup>。

林（美）教授の考え方も、前述したドイツの近時の有力説と同様、「実行の着手」と「実行行為」とを区別したうえで、因果関係の起点を着手未遂より後の段階に求めようとされているものといえよう。

もっとも、同教授のいわれている「本質的な実行行為」の内容が、ドイツの学説と同一であるかについてはこれを否定する見解<sup>(11)</sup>もあり、なお検討を要する。さらにはそれとの関連で、ドイツの学説が、着手未遂行為から惹起された場合、なぜ行為者に既遂責任を肯定しえないとするのか、またこれらの見解が既遂の処罰根拠につきどのように考えているのかにつき、さらに詳しくみていく必要がある。

（１）わが国でこれと同様の見解を主張するものとして、岡野光雄『刑法における因果関係の理論』（昭和52年）223頁。

（２）町野朔「因果関係論」『犯罪論の展開Ⅰ』（平成1年）215頁。

（３）福田平・大塚仁『対談刑法総論（中）』（昭和61年）170頁以下、松宮孝明『刑法総論講義』（平成9年）219頁、佐久間修『大コンメンタール刑法 第三巻』（第二版 平成11年）195頁。

（４）堀内捷三『刑法総論』（平成12年）111頁参照。

（５）Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 74; Stratenwerth, Strafrecht, A. T., 3. Aufl., 1981, RN. 283; Maurach-Zipf, Strafrecht, A. T., Teib. 1, 8. Aufl., 1992, § 23 III RN. 36;

Schönke-Schröder-Cramer, Strafgesetzbuch, 25. Aufl., 1997, § 15 RN 55.

(6) Rudolphi, SK, A.T., 6. Aufl., 1995, § 15 RN 34.

(7) Schroeder, LK, 11. Aufl., 1994, § 16 RN 34.

(8) 林美月子「実行行為と責任能力」神奈川大学法学研究所研究年報 5（昭和59年）18頁。

(9) 林美月子・前掲論文17頁。

(10) 林美月子・前掲論文18頁。

(11) 葛原力三「ユルゲン・ヴォルター 既遂故意及び既遂責任なき故意既遂？同時に『既遂の処罰根拠』に関する一考」法学ジャーナル42号（昭和60年）39頁。

## 第五章 早まった結果惹起と中止未遂

### 1 既遂犯の処罰根拠

林（美）教授の引用されているマイスターは、行為者が意図した犯罪行為に直接的に着手し、当該行為を手放した（aus der Hand geben）ことを、故意既遂犯の成立を認めるための前提とする。従って、被害者に向かって射撃準備の完了したピストルをつきつけた際に、被害者自身が断崖から飛び降り死亡した場合には、結果を直接惹起しうる発砲行為がなされていないので、殺人罪の未遂のみが成立する。この結果を直接惹起しうる行為の必要性は、それ以前の段階では行為者にまだ当該行為を中止する可能性があることから導かれている<sup>(1)</sup>。

このマイスターの見解と同様、中止犯の考慮に基づいて、着手未遂行為から結果が惹起された場合には、行為者に既遂責任を問えないとするのがノアックとヴォルターである。

周知のように、ドイツ刑法典は旧刑法典以来、中止未遂の形態につき、着手未遂（未終了未遂。unbeendeten Versuch）と実行未遂（終了未遂。beendeten Versuch）とに区別し、それぞれに異なる中止行為を科している。すなわち前者の場合には、行為者はそれ以降の犯罪行為を放棄すればよいのに対し、後者の場合には、結果の発生を回避する積極的行為がなされねばならない<sup>(2)</sup>。

このように着手未遂と実行未遂とで異なる中止行為が要件とされている理由につき、ノアックは、両者における「行為の因果性」（Ursachlichkeit des Handelns）に関する行為者の認識が異なることを挙げている。すなわち着手



未遂においては、行為者にこの「行為の因果性」の認識が欠けているため、以降の行為の放棄で十分であるのに対し、実行未遂の場合には、この認識があるために、単なる行為の放棄だけでは足りず、積極的な結果回避行為が必要とされるのである<sup>(3)</sup>。

マイスターの見解ではまだ不明確であった既遂犯の処罰前提につき、ドイツ刑法旧46条2号の規定から実行未遂行為を必要とすること<sup>(4)</sup>を明確にした点に、ノアックの見解の独自性がある。

もっとも、着手未遂と実行未遂とで異なる中止行為が要件とされている理由については、それぞれで実現された不法の程度に相違があることを反映しているとするヴォルターの見解<sup>(5)</sup>が、より説得的である。なぜなら、中止未遂の特典的效果が未遂犯の処罰根拠の裏返しの議論である以上、着手未遂の段階と実行未遂のそれとで、そこに惹起されている法益侵害の危険性に程度の差があることから、それぞれの中止行為が異なるとする理解<sup>(6)</sup>が、合理的だからである。

ヴォルターもまた、中止未遂についてのこのような考慮に基づいて、既遂処罰の前提として、実行未遂行為がなされたことを要件として挙げている<sup>(7)</sup>。

このように、中止未遂の可能性から既遂の処罰根拠を考えようとする点では、林（美）教授<sup>(8)</sup>も同一であるといえよう。

## 2 着手未遂と実行未遂

もっとも、着手未遂と実行未遂とを区別する基準に関しては、ドイツの学説と林（美）教授のそれとは異なっている<sup>(9)</sup>。

マイスターは、彼のいう「行為を手放す」ことの内容につき、それは行為者の認識に基づいて最終的に結果を直接惹起する行為がなされることだとする。従って、行為者が数回にわたる毒の投与によって被害者を殺害する意図を有していた場合、第一回目の毒の投与で、たまたま被害者が死亡しても、殺人罪の既遂とはならないのである<sup>(10)</sup>。このように行行為者の主観に基づいて着手未遂と実行未遂とを区別する見解が、主観説といわれるものであり、ドイツにおけ

る通説・判例のとり考え方であることは<sup>(11)</sup>、周知のところである。

ノアックとヴォルターも、この見解に従っているものといえる。なぜなら、ノアックは、行為者が自己の認識に基づいて結果惹起のために必要な全てのことを為したことを既遂責任の前提としているし<sup>(12)</sup>、ヴォルターも、既遂責任を肯定するために、行為者が結果を惹起するために必要な全てのことを為したという認識を有していることを要件としている<sup>(13)</sup>からである。すでに紹介したドイツの2判例の事案につき、既遂責任を肯定する彼らの「二分説」の帰結も、この主観説に起因するものといえよう<sup>(14)</sup>。

これに対し、林（美）教授は、彼女のいう「実行行為の終了」につき、被害者に「致命傷を与える行為」<sup>(15)</sup>を要求しており、それは行為者の主観とは無関係であることから、着手未遂と実行未遂との区別に関し、中止時における結果惹起の可能性にその基準を求める客観説<sup>(16)</sup>に従っているように思われる<sup>(17)</sup>。

### 3 中止未遂と既遂犯の処罰根拠

上の主観説に従えば、例えば被害者に2発の弾丸を発射することによりこれを殺害しようと計画している行為者の場合、1発目の弾丸を発射した段階では着手未遂が、2発目が発射されたときには実行未遂が認められる。従って、もし1発目で被害者に致命傷を与えても、単に2発目を撃たなければ中止未遂が認められることになる一方、2発とも命中せず結局被害者にかすり傷さえも負わなかったとしても、中止未遂が肯定されるためには、積極的な結果回避行為が要求されるという不合理な結論になるので、近時のドイツの学説はこれに批判的である<sup>(18)</sup>。

もっとも客観説に従っても、この例においてやはり不合理な結論を導く。すなわち、1発目が命中し被害者に致命傷を与えた場合には、積極的な結果回避行為がなされれば中止未遂成立の余地があるのに対し、2発目とも命中しなかった場合には、すでに実行行為は終了しているので、中止未遂成立の余地はないことになる<sup>(19)</sup>。

それ故、ドイツ刑法典と異なり着手未遂と実行未遂の区別につき明文上の規

定を欠いているわが国においては、両者の区別にとらわれずに中止行為の問題を考えていこうとする見解が、近時有力に主張されているのである<sup>(20)</sup>。

確かに、マイスターやノアック、さらには林（美）教授の志向する未遂犯の処罰根拠と既遂犯のそれとを異なるものとして理解しようとする自体は正当なものといえよう。だが、そこでとられている論理、つまり既遂犯の処罰根拠の問題と中止未遂のそれとを結びつけようとするには、彼らのとる着手未遂と実行未遂との区別基準の不合理的ことは別としても、若干の無理があるように思われる。なぜなら、中止未遂の成否の問題は、すでに成立している未遂犯にいかなる要件が備われば、これにさらに刑の減免を認めうるかというものであり、それは結果が発生しなかったことを前提としている<sup>(21)</sup>のに対し、既遂犯の処罰根拠論は、結果が発生した場合に、未遂犯の成立していることは当然の前提として、さらに結果を行為者に帰属させうるための要件を問題とするものであり、両者はその前提を異にしているからである。

また、因果関係の起点につき、実行未遂行為を要求するノアック・ヴォルターの見解、さらには「致命傷を与える行為」を要件としている林（美）教授の考え方も、中止未遂の考慮に影響されたものであり、それは、未遂犯成立の要件としての実行行為それ自体に、すでに法益侵害の現実的危険が生じていること<sup>(22)</sup>を看過するものであるということができよう。

以上のように、因果関係の起点を遅らすことによって既遂責任を否定することはできないのであり、やはり問題とすべきは、主観的要素たる故意の内容において、未遂のそれと既遂のそれとで異なるものが存するか否かということなのである。

(1) Meister, Anmerkung zu dem BGH Urteil vom 21.4.1955, MDR 1955, S.689.

(2) 清水一成「実行未遂と着手未遂の限界」『判例によるドイツ刑法（総論）』（昭和62年）159頁参照。

(3) Noack, Tatverlauf und Vorsatz, Dissertation Hamburg, 1966, S.73.

(4) Noack, a.a.O., S.74.

- (5) Wolter, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beiträge zum Strafgrund der Vollendung, Festschrift für Leferenz, 1983, S.564.
- (6) 清水一成「中止未遂における『自己ノ意思ニ因リ』の意義」上智法学論集29巻2=3号(昭和61年)260頁以下。
- (7) Wolter, a.a.O., S.565.
- (8) 林美月子「実行行為と責任能力」神奈川大学法学研究所研究年報5(昭和59年)18頁。
- (9) 葛原力三「ユルゲン・ヴォルター 既遂故意及び既遂責任なき故意既遂?同時に『既遂の処罰根拠』に関する一考」法学ジャーナル42号(昭和60年)39頁。
- (10) Meister, a.a.O., S.689.
- (11) 清水一成・前掲書159頁以下参照。
- (12) Noack, a.a.O., S.74.
- (13) Wolter, a.a.O., S.563.
- (14) 葛原力三・前掲論文38頁参照。
- (15) 林美月子・前掲論文18頁。
- (16) Uwe Borehert und Uwe Hellmann, Die Abgrenzung der Versuchsstadien des § 24 Abs.1 StGB anhand der objektiven Erfolgsgauglichkeit, GA 1982, S.437.
- (17) 葛原力三・前掲論文39頁。
- (18) Uwe Borehert und Uwe Hellmann, a.a.O., S.443.その他のドイツの学説については、清水一成・前掲書160頁以下参照。なお、ドイツと異なり客観的未遂論に立っているわが国においては、ほとんどの学説が主観説に対し同旨の批判を加えており(例えば、平野龍一「中止犯」『刑事法講座第二巻』(昭和27年)409頁、町野朔「中止犯における『止メタ』の意義」Law School 7号(昭和54年)107頁、山中敬一「中止行為の要件」判例タイムズ528号(昭和59年)55頁等)、判例(山中敬一・前掲論文55頁以下参照)も主観説には従っていないのが現状である。
- (19) 藤永幸治「殺人の中止未遂を認めた二つの裁判例」研修365号(昭和53年)73頁。
- (20) 町野朔・前掲論文107頁、山中敬一・前掲論文59頁、内田文昭「いわゆる実行未遂につき中止犯が認められた事例ー福岡高裁昭和61年3月6日判決(本誌600号143頁)ー」判例タイムズ609号(昭和61年)20頁。
- (21) 主観主義刑法理論を一貫させた牧野博士(『刑法総論』(昭和23年)365頁)、あるいは責任減少説を一貫させた香川教授(『刑法講義〔総論〕』(第三版 平成7年)315頁)は、結果が発生した場合にも中止未遂の成立を認めうるとされているが、このような理解は現行刑法典の規定に反する無理な解釈であることはすでに一般的に認められているところである(例えば、町野朔・前掲論文106頁、内田文昭・前掲論文20頁等)。
- (22) 山口厚『危険犯の研究』(昭和56年)56頁以下、同『刑法総論の現代的展開・総論Ⅰ』(昭和63年)58頁以下。

## 第六章 早まった結果惹起と主観的帰責

### 1 未遂故意と既遂故意

既遂犯の処罰根拠につき、実行未遂行為を要求するヴォルターは、その帰結として主観的要素たる故意の内容においても、未遂と既遂とではそれが異なるものであるとする。彼によれば、既遂故意（Vollendungsvorsatz）とは、未遂の終了時に行為者を支配している故意であり、既遂に至るために必要な全てのことを実行に移したことの認識・認容、つまり未遂終了故意（Versuchsbeendigungsvorsatz）とは、ドイツ刑法22条にいう実行の着手時における故意だとする<sup>(1)</sup>。

だが、彼のいう終了・未終了の区別基準が、行為者の主観に依るもので、それが中止未遂の考慮に影響された不当なものであることはすでに考察したところである。それ故、ヴォルターのいう未遂故意・既遂故意の区別には従えない。

もっとも、未遂故意を実行の着手時における故意だとし、これと既遂故意とを異なるものとして理解しようとする点は、正当な指摘であるといえよう。

ヴォルターと同様、未遂と既遂とでその故意概念が異なるとの理解から、条件付故意を有していたにすぎない行為者の行為から既遂結果が発生しても、既遂責任を否定すべきだとするのがJ・シュレーダーである。彼は、次のような事例を通して故意概念を分析する。すなわち、ある政治グループは、彼らと敵対関係にある他の政治グループの党首を、彼の政治的影響が取るに足りないものであるという理由で今までは無視していた。だが彼が政治上重要なポストを引き受けることとなったため、彼の存在がじゃまになり、そのポストへの任命が公式に受理された時に作動し始める時限爆弾を同人の家にセットした。ところが構造上の欠陥からその装置は予定前に爆発し、敵対グループの党首が死亡した<sup>(2)</sup>。

彼によれば、故意の意的要素と認識的要素とは相関関係にあり、意的要素が、まだ実現するつもりのない意欲（Noch-nicht-realisisieren-Wollen）である限り、

その認識的要素においても、結果が今生じうるという認識に欠けるとする<sup>(3)</sup>。つまり、既遂故意の内容として、空間的・時間的に具体化された客体・結果の認識・認容を要求するが、未遂故意の場合にはこれを不要とするのである<sup>(4)</sup>。それ故、前述した事例においては、時間的な具体化の認識・認容に欠けるため、殺人罪の既遂は認められないが、これを要しない未遂は肯定されるのである<sup>(5)</sup>。

## 2 故意の認識内容

しかしながら、既遂故意の認識内容として、空間的・時間的具體化を要求することで十分であるとするJ・シュレーダーの見解には疑問がある。彼は、空間的具體化の問題が、方法の錯誤の問題であったとする。彼の理解に従えば、空間的に一致していれば故意の認識に欠けるところはないのであるから、行為者の認識していた場所で行為客体が入れ替わり、予定外の客体を侵害した場合には、客体の錯誤となり、行為者には故意既遂犯が成立する<sup>(6)</sup>。

だが、方法の錯誤において具体的符合説の主張する具体化とは、具体的な客体に対する侵害危険の認識<sup>(7)</sup>をいうのであり、空間的な一致が存在するだけでは、故意の認識として十分とはいえない<sup>(8)</sup>。

また、早まった結果惹起の問題を時間的具體化の非認識とする彼の理解にも疑問がある。前述した時限爆弾事例で殺人罪の既遂が認められない場合があるとすれば、それは彼のいうように時間的具體化の非認識があったからではなく、時限爆弾をセットした行為以後の、機械の故障による被害者の爆死に、因果経過の異常が肯定された場合であろう。そしてこの事例で未遂が肯定される理由は、時限爆弾をセットしたことにより被害者の生命に対する具体的な侵害危険がすでに認められ、かつそれを行為者が認識しているからである。

この時限爆弾の事例と、本稿の最初に紹介したピストル暴発事例とは異なる。後者の事例で故意既遂が否定される理由は、直接結果を惹起しようと行為者が認識していたピストルの引き金をひく行為がまだ行われておらず、従って行為者にその認識も欠けているからである。

このように、故意既遂を肯定するため、現に行っている自己の行為から直接

結果が発生しうとの認識が行為者に必要とされる理由は、既遂の処罰根拠を考慮することから導かれる。

ヴォルターは、既遂についての帰責は、常に結果の発生力を有する危険の人的・個人的帰責に媒介されるという正当な指摘に基づいて、既遂の処罰根拠は、保護法益に対する危険かつ適性ある (tauglich) 未遂行為と、特別に強度な (終了した) 攻撃 (未遂) 行為にあるとする<sup>(9)</sup>。

従って、既遂故意としても、保護法益に対する危険性と適格性ならびに終了性を必要とするはずであるのに、ヴォルターは、終了性のみを重視したのである。それが、中止未遂の考慮に影響されたもので不当であることはすでに繰り返し指摘した。より重要なことは、彼のいう保護法益に対する危険性と適格性という要件に、未遂犯の処罰根拠以上の強度の侵害性を要求しうとする理解があるように思われる点である。

未遂犯は、「未遂犯において、具体的危険として処罰の対象とするに値する程度の切迫した危険という結果が発生した時点」<sup>(10)</sup>で成立する。それ故、それに対応する主観的要素としても、既遂結果を生じさせることの認識・認容があれば十分である<sup>(11)</sup>。

これに対し、既遂故意では、ヴォルターのいう行為の適格性、つまり当該行為の性質についての認識が必要とされるのである。

行為者が自己の行為の「具体的な結果適性」(konkrete Erfolgseignung) を認識していないとするシュレーダーの見解<sup>(12)</sup>、「結果の条件」(Bedingungen des Erfolgs) の認識がないとするヤコブスの見解<sup>(13)</sup>も、この趣旨に解すべきであろう。

(1) Wolter, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beiträge zum Strafgrund der Vollendung, Festschrift für Leferenz, 1983, S. 549.

(2) J. Schröder, Der bedingte Tatentschluß—Ein Beitrag zur Lehre vom Vorsatz und zur Lehre vom Versuch im deutschen Strafrecht—, Dissertation Hamburg, 1969, S. 33.

- (3) J.Schröder,a.a.O., S.37.
- (4) J.Schröder,a.a.O., S.46.
- (5) J.Schröder,a.a.O., S.72.
- (6) J.Schröder,a.a.O., S.38 Anm.176.
- (7) 町野朔「法定的符合説(1)－故意の個数」刑法判例百選Ⅰ総論(第二版 昭和59年)111頁。
- (8) 同様の考え方をとり、方法の錯誤を「行為の方向性」の錯誤とする見解については、葛原力三「打撃の錯誤と客体の錯誤の区別(二・完)－具体的符合説の再検討－」法学論集36巻2号(昭和61年)81頁以下参照。
- (9) Wolter,a.a.O., S.563.
- (10) 山口厚『危険犯の研究』(昭和57年)60頁。
- (11) このように未遂故意を肯定することに対して山中教授(「過失犯における因果経過の予見可能性について－因果関係の錯誤の問題をも含めて－」法学論集29巻1号(昭和54年)53頁)は、未遂犯における故意も「危険の故意」では足りず、「超過的内心傾向」であって、既遂の故意と同一であるとし、これに反対されているが、本稿にいう未遂故意は、既遂結果を生じさせることの認識・認容という同教授のいわれている意味での「超過的内心傾向」の点では既遂故意と同一であるから、この批判は妥当しないものといえよう。
- (12) Schroeder,LK,11.Aufl.,1994,§16 RN.34.
- (13) Jakobs,「Strafrecht,A.T.,2.Aufl.,1991, S.300ff.

## 第七章 終 章

本稿は、早まった結果惹起の問題を契機として、未遂犯を成立させうる行為(刑法43条本文)から結果が引き起こされた場合に、直ちに既遂責任を問うるかという問題、ひいては既遂犯の処罰根拠につき考察を加えたものである。その結論として、未遂の故意と既遂の故意とで、その内容に相違があり<sup>(1)</sup>、故意既遂犯が成立するためには、行為者に現に行っている自己の行為から直接結果が発生しうるとの認識を必要とすることを導いた。そのことから、早まった結果惹起の事例においては、故意既遂犯が成立しえないことは勿論のこととして、だが、既遂結果を生じさせることの認識・認容で足りる未遂故意は、この場合にも肯定しうるので、未遂犯は成立しうるとするのである。

もっとも、このような結論が一般的にも妥当しうるかについては、なお故意論につき詳細な検討を要し、しかも、既遂・未遂の処罰根拠についても考察に



不十分なところがある。

さらには、既遂故意・未遂故意と予備故意との相違<sup>(2)</sup>についても当然に検討を加えねばならないであろう。

また本稿で考察した諸見解は、実行行為着手後に責任無能力に陥った事例についても、これを早まった結果惹起の問題とパラレルに取り扱っているのが一般的であり<sup>(3)</sup>、その点についての考察もまだ残されている。

以上のような不完全さは今後の研究によって補うことを期しつつ、これで本稿の考察を終わることとする。

(1) 町野朔『刑法総論〔講義案〕Ⅰ』（平成2年）199頁、宮川基「条件付故意について（二・完）」法学63巻4号96頁。

(2) これについてはすでに多くの研究があり、否定的見解としては例えば、香川達夫『中止未遂の法的性格』（昭和38年）176頁等が挙げられるし、判例としても大阪高判昭和39年4月14日高刑集17巻2号219頁がある。肯定的見解としては例えば江家義男『刑法講義総則篇』（改訂四版 昭和23年）300頁注9、中谷瑾子「予備罪に関する一考察」法学研究38巻10号（昭和40年）2頁等がある。なお斎藤誠二『予備罪の研究』（昭和46年）109頁以下参照。また近時、既遂故意・未遂故意・予備故意に相違があることを主張されているものとして、町野朔『犯罪論の展開Ⅰ』（平成1年）230頁、同「因果関係論と錯誤理論」北海学園大学法学研究29巻1号230頁、林幹人『刑法総論』（平成12年）255頁がある。

(3) Noack, Tatverlauf und Vorsatz, Dissertation Hamburg, 1966, S.69ff.; Wolter, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beiträge zum Strafgrund der Vollendung, Festschrift für Leferenz, 1983, S.558ff.; Jakobs, Strafrecht, A.T., 2. Aufl., 1991, S.300ff.. わが国でこの問題を論じられているものとしては、例えば林美月子「実行行為と責任能力」神奈川大学法学研究所研究年報5（昭和59年）14頁以下、山口厚『原因において自由な行為』について『団藤重光博士古希祝賀論文集第二巻』（昭和59年）178頁以下等がある。